

FR_GERICHTE 101 2018 296 vom 15. Februar 2019

FR Kantonsgericht, 2019-02-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2018_296

FR: FR_GERICHTE 101 2018 296 du 15 février 2019

IT: FR_GERICHTE 101 2018 296 del 15 febbraio 2019

Regeste

Arrêt de la Ie Cour d'appel civil du Tribunal cantonal | Obligationenrecht allgemeiner Teil

Erwägungen

E. 12

décembre 2017 par le médecin opérateur, son chef de clinique et la Dresse I._____.

Ecartant la critique de la recourante qui leur dénie toute valeur probante puisque les médecins sont des employés de l'hôpital incriminé, les premiers Juges ont considéré que l'audition du premier avait été requise par la recourante elle-même et que les deux derniers n'étaient plus employés de l'hôpital incriminé lorsqu'ils se sont exprimés. Sous la précision que ces moyens de preuve devaient être appréciés de manière circonstanciée, la Cour administrative a ainsi estimé que les déclarations des témoins se recoupaient et pouvaient être tenues pour objectives. Les critiques de la recourante envers les déclarations des médecins seront reprises ci-après.

4.2. Sur la base des déclarations des médecins qui soulignaient le fait que l'intervention litigieuse était inéluctable, la Cour administrative a retenu qu'il n'était pas nécessaire d'évoquer les alternatives à celle-ci, la recourante confirmant même qu'aucune autre proposition ne lui avait été faite. Seule une autre technique était envisageable selon le médecin opérateur, laquelle n'avait pas été présentée à la recourante dès lors qu'elle comportait les mêmes risques que la technique utilisée (décision attaquée p. 9 c. 3.6.1 dernier paragraphe).

4.3. La recourante soutient que ce constat repose essentiellement sur les dires du médecin incriminé, et qu'il devrait plutôt faire l'objet d'une expertise judiciaire.

4.4. S'il est vrai que les alternatives font parties des informations qu'un médecin doit fournir à son patient, il n'en demeure pas moins que dans le cas d'espèce la recourante se plaint essentiellement de ne pas avoir été mise au courant des risques liés à l'intervention et non de ses alternatives.

5. Les premiers Juges ont ensuite examiné sous plusieurs angles si les risques encourus avaient été exposés à la recourante: tout d'abord sous un angle général, puis sous l'angle des risques spécifiques à l'intervention litigieuse et enfin en examinant si la recourante avait reçu ces informations dans les deux hôpitaux dès lors qu'elle avait été transférée en vue de l'intervention.

Tribunal cantonal TC Page 9 de 22

5.1. Dans la décision entreprise, il est souligné que la recourante avait d'abord déclaré lors de son audition qu'on ne lui avait pas parlé des risques, puis qu'elle avait admis plus tard que le médecin lui avait parlé du risque d'embolie « comme toute opération » (PV 16 août 2017 p. 3ss). Les premiers Juges ont considéré que ses déclarations sont contradictoires et que cette contradiction ainsi que ses autres réponses lors de l'audience révèlent que son attention était focalisée sur le traitement de son cancer. Ils en déduisent qu'elle n'a vraisemblablement pas retenu toutes les informations reçues (décision attaquée p. 10 c. 3.6.2).

5.2. La recourante y voit une constatation arbitraire des faits, qui procède d'une simple spéculation. Elle fait valoir qu'il appartient au médecin,

respectivement à l'hôpital, de démontrer l'information reçue et non au patient de prouver qu'elle ne lui a pas été dispensée. Elle prétend que même si son cancer la préoccupait, ses craintes n'excluaient pas qu'elle se souciait également des risques inhérents à l'intervention litigieuse. Ainsi, c'est en versant dans l'arbitraire que les premiers Juges ont retenu que la maladie de la recourante l'avait amenée à retenir de l'intervention litigieuse que ce qui l'intéressait véritablement (recours p. 20 ch. 3.3.-3.5). 5.3. Des déclarations de la recourante (PV du 16 août 2017 p. 3), il en ressort qu'elle savait que l'intervention avait non seulement pour but d'avancer dans le diagnostic puisque celui-ci n'était à ce stade pas clair, mais qu'elle visait également à soulager ses douleurs vertébrales. Son appréciation de l'intervention est ainsi parfaitement exacte dès lors que la pose de la même canule servait à la biopsie ainsi qu'à cimenter la vertèbre lésée. On ne peut dès lors en déduire raisonnablement que le fait que son attention fût peut-être focalisée sur son cancer rendait son oreille sélective aux autres informations. Cette appréciation est infondée. En outre, il appartient au médecin de prouver qu'il a donné les informations requises sur les risques et non à la patiente de prouver qu'elle les a bien entendues. Souvent, le patient se trouve assailli d'informations en tout genre et il appartient au médecin, comme spécialiste, d'attirer l'attention de son patient sur les informations importantes et de les lui transmettre en termes claires en fonction de l'état du patient. En d'autres termes, l'attitude du patient doit moduler le devoir d'information du médecin ainsi que la formulation voire reformulation des informations qu'il communiquera à son patient nécessaires à ce que celui-ci puisse consentir de façon éclairée au traitement envisagé. Ainsi, même à supposer que la recourante était focalisée sur son cancer, le médecin opérateur devait alors redoubler d'attention pour correctement l'informer des risques inhérents à l'opération litigieuse et s'assurer de leur bonne compréhension. Quoi qu'il en soit, l'attitude de la recourante que les premiers Juges ont qualifiée d'orientée ne prouve pas encore que le médecin lui a effectivement communiqué les risques. On rappellera encore que la recourante a répété durant toute la procédure que le médecin ne lui avait pas parlé des risques spécifiques, notamment neurologiques, et que selon le Tribunal fédéral (arrêt TF 4P.265/2002 précité consid. 5.1), il convient de garder à l'esprit qu'une intervention médicale est un événement spécial et important pour le patient, qui s'en rappellera sans doute vivement, tandis qu'elle n'est souvent qu'une routine pour le médecin; dans un tel contexte, on ne saurait a priori accorder moins de poids à la version du patient qu'à celle du médecin. Le grief de la recourante se révèle ainsi bien fondé. 5.4. Les premiers Juges retiennent qu'au vu de son état d'esprit, la recourante ne pouvait qu'accepter l'opération, qualifiée par les médecins d'inéluctable, ce qu'elle devait par ailleurs comprendre au vu de sa formation professionnelle dans le domaine médical. Ils retiennent que ce n'est que suite à la question insistante de son mandataire lors de son audition qu'elle a finalement déclaré qu'elle aurait renoncé à l'opération si elle avait été correctement informée des risques

Tribunal cantonal TC Page 10 de 22 puisque spontanément elle avait juste expliqué qu'elle serait allée demander un deuxième avis à J. _____ ou à K. _____ (décision attaquée p. 10 c. 3.6.2 in fine). Il n'est toutefois pas contesté que la recourante a bel et bien adhéré à l'opération litigieuse et il convient de rappeler que la Cour administrative a avec raison exclu la possibilité pour le médecin de prouver un consentement hypothétique compte tenu des risques encourus qui nécessitaient que l'attention de la patiente soit expressément attirée à leur sujet (cf. décision attaquée p. 11 c. 3.6.4), contrairement à ce que retient l'intimé (réponse au recours p. 18 s). Ainsi, le fait que la recourante ne pouvait qu'accepter l'opération est sans pertinence sur la question de savoir si les risques encourus lui ont été

communiqués. En outre, on ne perçoit pas en quoi cela accrédi-te la thèse selon laquelle le médecin lui aurait communiqué correctement les informations. Le comportement qu'elle aurait adopté après qu'on lui avait communiqué les risques encourus est également sans importance, puisque d'un point de vue temporel, il est postérieur au devoir d'information du médecin. Dans la perspective de déterminer si le médecin a effectivement satisfait à son devoir d'information, il importe peu de savoir ce que le patient aurait fait de ces informations, sauf sous l'angle d'un consentement hypothétique ici à raison exclu (cf. infra consid. 7.4).

6. 6.1. Les premiers Juges infèrent du comportement passif de la recourante et de ses connaissances professionnelles médicales qu'elle ne pouvait ignorer qu'une intervention pratiquée à proximité immédiate de la moelle épinière comporte des risques neurologiques, ce que même les laïcs savent, et que, comme elle n'avait posé aucune question en dépit de son inquiétude, les médecins pouvaient en conclure que leurs informations étaient suffisantes pour lui permettre de prendre sa décision. Ils soulignent pour ponctuer leur appréciation que la relecture de la lettre du 7 septembre 2011 (pièce 4) adressée par le médecin opérateur à la direction de l'hôpital en vue d'une annonce à leur assurance RC n'avait suscité chez la recourante aucune remarque sauf une correction de date (décision p. 10 c. 3.6.3).

6.2. A nouveau, la recourante estime que ce raisonnement est arbitraire, voire non démontré, et en contradiction avec l'attitude rassurante qu'ont eue les médecins face à cette opération. Elle fait également valoir que les faits retenus sont contradictoires et s'excluent mutuellement, puisque d'un côté les premiers Juges estiment que son état d'esprit focalisé sur son cancer limitait sa perception de l'intervention et, d'un autre, ils considèrent que sa formation lui permettait d'avoir une vision claire des risques. Elle relève également qu'ils s'étaient dit interpellés par le fait qu'elle n'ait posé aucune question et précise plutôt que si elle n'a posé aucune question c'est en raison du contexte, à savoir qu'elle n'avait tout simplement pas été renseignée sur les risques d'une telle opération et que l'attitude rassurante des médecins l'avait dissuadée de les questionner. Elle rappelle que la portée et la nature du devoir d'information ne dépendent pas de la participation active ou passive du patient et qu'il appartient au personnel médical de renseigner sans attendre les questions du patient (recours p. 23ss, ch. 3.10-3.12). S'agissant du contenu de la lettre du 7 septembre 2011 et de sa prétendue validation, la recourante fait valoir qu'il ressort du dossier des soins que le 13 septembre 2011, elle était énervée s'agissant de la mention qu'elle était au courant des risques et contrairement à l'appréciation des premiers Juges, ses déclarations faites en audience du 16 août 2017 n'indiquent pas qu'elle en approuvait le contenu (recours p. 25, ch. 3.13).

Tribunal cantonal TC Page 11 de 22

6.3. 6.3.1. En l'espèce, la recourante doit être suivie lorsqu'elle souligne la contradiction entre les deux constatations de la Cour administrative, l'une et l'autre s'excluant effectivement. On ne peut retenir que son esprit focalisé sur son cancer l'empêchait d'entendre toutes les informations liées à l'intervention et en même temps que de par ses compétences professionnelles elle en avait une vision claire. Cela étant, comme il a déjà été examiné ci-dessus, l'état d'esprit même orienté de la recourante n'est pas un élément permettant d'appuyer le fait que le médecin opérateur lui a communiqué les risques. S'agissant de l'influence des connaissances médicales de la recourante, même s'il est vrai que les connaissances spécifiques d'un patient permettent de moduler le devoir d'information, elles ne dispensent pas le médecin de communiquer les risques ne serait-ce que sommairement y compris à un patient versé dans l'art médical. Les connaissances médicales du patient l'autorisent cependant à ne pas les exposer minutieusement. Dans le cas d'espèce, la recourante conteste que le médecin lui a

mentionné les risques spécifiques, notamment neurologiques, et il convient de retenir qu'au vu de la situation relativement grave dans laquelle elle se trouvait (importantes douleurs, détection de masse tumorale), les connaissances médicales de la recourante dont on ignore par ailleurs l'étendue ne dispensaient pas le médecin d'expliquer les risques encourus. En outre, elles ne viennent pas non plus appuyer le fait qu'il les aurait ne serait-ce qu'évoqués avec elle. 6.3.2. Le fait que la recourante n'a posé aucune question - ce qu'elle admet - ne prouve pas encore que le médecin lui avait évoqué ces risques. Cette attitude passive du patient pourrait plutôt constituer un élément propre à démontrer qu'un médecin qui a effectivement communiqué les risques à son patient pouvait conclure que ce dernier ne souhaitait pas plus de précision sur ceux-ci pour prendre sa décision. Or, dans le cas d'espèce, c'est l'évocation même du risque qui est déjà contestée, pas l'étendue de son explication. 6.3.3. Enfin, s'agissant de la lettre du 7 septembre 2011 (pièce 4), celle-ci a été rédigée par le médecin opérateur à l'attention de la direction de l'hôpital, en vue d'annoncer le cas à l'assurance RC. Dans cette lettre, le médecin opérateur indique qu'il a informé la patiente sur les risques encourus (« (...) une intervention chirurgicale avec biopsie de cette masse tumorale et cimentage de la vertèbre a été proposée et expliquée à la patiente par mes soins, et ceci en présence de mon chef de Clinique, le matin de l'intervention (proposition qui avait également été discutée entre la Dresse I. _____ et A. _____). Le type d'intervention ainsi que les risques inhérents à celle-ci, dont la possibilité de troubles neurologiques graves en cas de fuite de ciment ou, encore des risques de saignements secondaires avec des conséquences neurologiques graves ainsi que la possibilité que, malgré le traitement effectué, on puisse avoir une biopsie tumorale négative ont été expliqués à la patiente. A. _____, qui est infirmière en radiothérapie, nous donne son accord oral pour l'intervention en ayant pleine conscience des risques précités. Un formulaire de consentement n'a pas été signé. »). Il est incontesté que la recourante a voulu corriger l'erreur de date de l'opération indiquée dans ce courrier. Toutefois, le commentaire laissé par le personnel soignant le 13 septembre 2011 dans le « dossier des soins: feuille d'observation » manuscrit (pièce 10) permet également d'établir que le contenu de cette lettre et notamment sa mention selon laquelle le médecin avait évoqué les risques, avaient particulièrement contrarié la patiente (« 18h30: Dr E. _____ est venu la voir. 20h: Patiente énervée, Dr E. _____ lui a remis une copie de la lettre qu'il a envoyée à l'assurance: qq données ne sont pas justes (erreur de la date de l'intervention, agent retraitée, patiente au courant des risques ...) ». D'ailleurs, les commentaires annotés le lendemain dans ce même document (pièce 10) confortent plutôt l'idée que la recourante était en désaccord avec le

Tribunal cantonal TC Page 12 de 22 contenu de cette lettre et qu'au vu de sa réaction, son désaccord ne se limitait pas à une simple erreur de date (« 8h: Mme me dit ne pas avoir très bien dormi car a bcp pensées à la visite du Dr E. _____ la veille et la lettre qu'il lui a remise ! (...) 11h00: matinée calme, n'a pas voulu forcer en thérapie car n'a pas la tête à ça ! »). Il s'ensuit que l'appréciation des premiers Juges est erronée. Les inscriptions sur la feuille des suivis et la réaction d'énervement de la patiente qui perdure jusqu'au lendemain ne permettent pas de retenir que la recourante était d'accord avec le contenu du courrier, notamment quant au fait que les risques lui avaient été évoqués; ces éléments tendent plutôt à démontrer que les risques ne lui avaient pas été communiqués. 6.3.4. Ainsi, la recourante doit être suivie dans ses arguments. Ni ses compétences professionnelles liées au domaine médical ni son attitude passive et encore moins sa réaction au courrier du 7 septembre 2011 rédigée par le médecin opérateur ne constituent des éléments propres à démontrer que ce

médecin lui a effectivement communiqué les risques encourus. 7.

7.1. S'agissant des risques spécifiques, les premiers Juges ont retenu qu'une vertébroplastie comporte des risques neurologiques potentiellement graves liés à une fuite de ciment, risques qualifiés généralement de rares (moins de 1%). Se fondant sur les déclarations du Dr E. _____ et du Dr L. _____, ils ont toutefois constaté que ces mêmes risques liés à l'intervention sur lésion tumorale sont beaucoup plus élevés pour atteindre 30%. Ils ont ainsi estimé que l'attention de la patiente devait être attirée expressément sur ceux-ci. Ils ont en outre exclu la possibilité pour le médecin de faire la preuve du consentement hypothétique eu égard à la gravité des risques encourus (cf. décision attaquée p. 11 c. 3.6.4).

7.2. Il convient déjà de relever que l'intervention subie par la recourante varie dans sa nomination. Le protocole opératoire fait état d'une cyphoplastie avec biopsie, et les parties et témoins parlent parfois de vertébroplastie avec biopsie. On peut se demander s'il s'agit d'un même traitement, ce qui ne semble pas être le cas à lire le rapport d'expertise (traduction pièce 24 p. 11 ch. 2). Il semble toutefois que cet élément ne soit pas déterminant, puisque l'intervention subie n'est pas contestée par les parties. 7.3. C'est aussi l'occasion d'évacuer les arguments de l'intimé visant à minimiser le risque spécifique susmentionné. D'ailleurs, ce n'est que par une interprétation tronquée de l'expertise FMH qu'il y parvient. Il est vrai que cette expertise indique que le mauvais positionnement de l'aiguille induisant une complication est une situation que les experts ont qualifié d'exceptionnelle; toutefois leur appréciation ne concerne que la situation de mauvais positionnement de l'aiguille et non pas les risques neurologiques de l'intervention sur lésions tumorales en tant que tels. De même, l'appréciation du chef de clinique sur laquelle se fonde aussi l'intimé doit être recontextualisée. Celui-ci s'est exprimé sur le risque « général » de complication neurologique due à une fuite de ciment lors d'une vertébroplastie qu'il a estimé à 1%, ce que les deux autres médecins ont également dit. Par contre, il ne s'est pas exprimé sur ce même risque dans un contexte tumoral, contrairement aux deux autres médecins qui ont estimé ce risque dans ce contexte spécifique à 30%. 7.4. Au vu de ce qui précède, il était correct de retenir que le risque spécifique neurologique sur un contexte tumoral était suffisamment important pour devoir être expressément évoqué par le médecin opérateur et que ce dernier ne pouvait faire la démonstration du consentement hypothétique eu égard à la gravité d'un tel risque.

Tribunal cantonal TC Page 13 de 22 7.5. Considérant que la patiente avait admis qu'elle était au courant d'un risque d'embolie mais qu'elle l'avait qualifié comme « propre à toute opération », risque usuel dont le médecin n'avait en soi pas à lui faire part, les premiers Juges ont en déduit que l'information fournie par ce dernier ne pouvait que porter sur les risques plus spécifiques d'embolie liés à une fuite de ciment. De ces constatations, ils en ont ensuite conclu que le médecin lui avait communiqué tous les risques encourus en cas de vertébroplastie (décision attaquée p. 11 c. 3.6.4). Se fondant sur les déclarations du 16 août 2017 de la recourante selon lesquelles elle savait que l'opération consistait à insérer du ciment dans la vertèbre lésée, les premiers Juges ont retenu qu'elle avait été informée du déroulement de l'intervention ainsi que de la technique opératoire. Ils ont alors estimé qu'il ne paraît pas crédible dans ces conditions qu'elle n'ait pas été informée des risques élevés de complications dues à des fuites de ciment en présence de lésion tumorale (décision attaquée p. 11 c. 3.6.4 dernier paragraphe). 7.6. Validant l'appréciation selon laquelle la démonstration d'un consentement hypothétique était exclue, la recourante conteste la suite du raisonnement opéré par les premiers Juges qui ne repose selon elle sur aucun élément du

dossier (recours p. 26 ch. 3.14). 7.7. Interrogée sur ce que lui avait dit le médecin opérateur en lien avec l'intervention, la recourante a déclaré: « Il m'a rassurée. Il m'a dit qu'il n'y avait pas de souci à avoir et que je serais opérée en fin de matinée. Il ne m'a pas expliqué le déroulement de l'opération. Il n'a fait aucune référence aux entretiens que j'aurais [pu] avoir à ce sujet à C._____. Il a précisé s'agissant des risques qu'il y avait des risques d'embolie pulmonaire comme toute opération. Non il n'a pas rajouté autre chose, il était surtout là pour me rassurer. Je supposais qu'une aiguille serait implantée dans le corps vertébral. A C._____ on m'a toutefois précisé que comme une vertébroplastie serait entreprise on profiterait de faire une biopsie. Non on ne m'a pas précisé qu'il pourrait y avoir des risques de complication nerveuse allant jusqu'à la paraplégie en lien avec l'implantation de l'aiguille. On m'a expliqué que la vertébroplastie consistait à insérer du ciment dans la vertèbre fracturée mais qu'au préalable il serait procéder à une biopsie. On ne m'a rien dit du cimentage. On ne m'a parlé en particulier de l'écoulement possible du ciment en cours d'intervention » (PV 16 août 2017 p. 4). Il apparaît en effet erroné de retenir que si la patiente était effectivement au courant, du moins dans les très grandes lignes au vu de ses déclarations, du déroulement de l'opération et de la technique opératoire, elle avait également été mise au courant des risques spécifiques de cette intervention. D'ailleurs, elle précise bien que le médecin opérateur, à qui le devoir d'information incombe, ne lui a rien expliqué du déroulement. Ses déclarations sur l'intervention, outre sa supposition quant au fait qu'une aiguille serait implantée, semblent plutôt se rapporter à ce qu'on lui aurait dit de l'opération sur le site de C._____, avant son transfert. Le fait que la recourante avait reçu de telles informations, manifestement d'autres médecins, ne prouve pas encore strictement que le médecin opérateur lui a communiqué les risques spécifiques. De même, le fait que la recourante a admis que le médecin opérateur lui a parlé du risque d'embolie générale propre à toute opération, soit d'un risque usuel, ne prouve pas encore qu'il lui a effectivement parlé des risques spécifiques. Un tel raisonnement ne s'appuie sur aucun fondement concret et n'est qu'hypothèse. En définitive, les déclarations de la recourante rappelées ci-dessus ne permettent pas d'accréditer la thèse du médecin opérateur qui affirme lui avoir décrit les risques spécifiques. Les griefs de la recourante doivent ainsi être accueillis favorablement.

Tribunal cantonal TC Page 14 de 22 8. 8.1. Dans la décision entreprise, les premiers Juges ont constaté que la recourante avait été informée des risques par deux fois, à C._____ et à D._____, ce que l'expertise retient aussi (décision attaquée p. 12 ab initio).

Considérant que la Dresse I._____ a insisté auprès de ses collègues sur les risques neurologiques et qu'elle avait précisé que l'intervention n'était plus de la compétence de C._____ comme la vertèbre métastasée se trouvait proche de la moelle épinière, ils en déduisent que, dans ces circonstances, les médecins ont dû donner à la patiente des explications sur les risques neurologiques, ce d'autant plus qu'elle était opposée dans un premier temps à un transfert à D._____ et que ce transfert était finalement imposé en raison de ces risques. Ils soulignent que le Dr L._____ a expliqué qu'il n'était pas allé dans les détails, pour préciser par la suite qu'il n'était pas d'usage de transférer un patient sans lui donner d'explications et que le Dr F._____ érige en présomption le fait que la patiente devait être au courant de l'opération qu'elle devait subir dans un autre hôpital. Les premiers Juges ont retenu que les déclarations des médecins fournissaient ainsi des éléments, qu'ils ont qualifiés d'objectifs, plaidant en faveur d'une information suffisante en termes de risques potentiels. Ils ont retenu qu'il était établi au moins au niveau de la vraisemblance que la patiente était au courant des risques spécifiques et du déroulement de

l'opération, déjà avant son transfert, soit sur le site de C. _____ (décision attaquée p. 12 c. 3.6.5). 8.2. La recourante soutient que le raisonnement précité n'est qu'une hypothèse. Elle ajoute que le fait que l'oncologue de C. _____ (Dresse I. _____) avait attiré l'attention de ses confrères sur les risques neurologiques ne permet pas d'affirmer que la recourante en a été effectivement mise au courant. Elle relève que le Dr L. _____ a déclaré qu'il n'avait pas parlé le premier de l'intervention mais par la suite, qu'il ne se souvenait pas avoir été dans les détails et qu'il a soutenu que cette opération était indispensable. On ne peut en déduire selon la recourante de ces déclarations que les risques encourus lui ont été « certainement » présentés, et encore moins poser le constat selon lequel il n'est pas d'usage de transférer un patient sans lui exposer les risques. Les déclarations des médecins de C. _____ tendent plutôt à prouver que le Dr L. _____ ne lui a pas fourni d'informations sur les risques et que les médecins étaient d'ailleurs bien en peine d'en décrire la substance et l'étendue (recours p. 26-27, ch. 3.15-3.16). Elle fait valoir que les déclarations des médecins sont sujettes à caution et rappelle qu'il appartient au médecin qui mène l'intervention de renseigner le patient sur les risques encourus (recours p. 28 ch. 3.17). 8.3. 8.3.1. En l'espèce, en établissant les faits sous l'angle de la vraisemblance (décision attaquée p. 12 c. 3.6.5 in fine et p. 13 c. 3.7), les premiers Juges se sont mépris (cf. consid. 3.3. supra). Dans la partie en droit de la décision, ils se réfèrent à un arrêt pénal du Tribunal fédéral 6B_910/2013 du 20 janvier 2014 (cf. décision attaquée p. 7 c. 3.3), qui explique qu'à la différence de la procédure civile, en procédure pénale, il appartient à l'accusation de prouver une violation du devoir d'information du médecin et que le fardeau de la preuve du consentement éclairé du patient en tant qu'il constitue un fait objectif justificatif incombe au prévenu (le médecin) qui y satisfait déjà en rendant vraisemblable ses allégations. Or, la présente procédure s'apparente plutôt à une procédure civile, à l'instar de laquelle le médecin doit établir et prouver qu'il a satisfait à son devoir d'information en recueillant un consentement éclairé du patient, de sorte que la jurisprudence citée ne s'y applique pas. En outre, en procédure administrative, un fait est en principe tenu pour établi

Tribunal cantonal TC Page 15 de 22 lorsque le juge a pu se convaincre de la vérité d'une allégation (preuve stricte). Toutefois, il suffit parfois, selon la loi ou la jurisprudence, que le fait en question soit rendu vraisemblable, le degré de la preuve exigée étant celui de la vraisemblance prépondérante, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (arrêt TF 2C_673/2015 du 10 octobre 2017 c. 3.2). 8.3.2. S'agissant de l'expertise extra-judiciaire à laquelle se réfèrent les premiers Juges pour constater que la recourante a été informée sur les deux sites des risques encourus, il n'appartient en soi pas à des experts de dire si dans un cas d'espèce les risques ont été communiqués par le médecin opérateur. Ceci est une question d'établissement des faits, respectivement d'appréciation des moyens de preuve, qui sont du ressort du juge. Il incombe toutefois aux experts d'expliquer à l'autorité judiciaire quels sont les risques inhérents à l'opération litigieuse, par exemple. 8.3.3. Deux médecins de C. _____, la Dresse I. _____ et le Dr L. _____, ont été interrogés par la Cour administrative (PV du 16 août 2017). La Dresse I. _____, spécialiste en médecine interne et oncologie, a expliqué que l'équipe au complet, soit le Dr L. _____, les radiologues et elle-même « qui (a) été alors consultée seulement sur le dossier » ont posé l'indication opératoire dès lors que le diagnostic n'avait pas pu être établi avec les premières investigations (vertébroplastie avec biopsie), qu'elle ne pouvait s'exprimer sur l'estimation du risque de paralysie et qu'il fallait plutôt s'adresser aux médecins opérateurs, qu'elle n'avait elle-même pas vu la patiente avant son intervention et qu'elle ne pouvait pas

dire comment les risques avaient été expliqués à cette dernière puisqu'elle n'était pas présente, précisant toutefois avoir attiré l'attention de ses confrères de C. _____ sur les risques neurologiques qu'encourraient la patiente (PV p. 7-8). De ses explications, on peut retenir qu'elle n'a pas vu personnellement A. _____ et qu'elle a juste attiré l'attention de ses confrères sur le risque neurologique sans qu'on sache encore réellement s'ils ont transmis cette information à la patiente. En outre, elle ignore l'estimation du risque de paralysie, reportant la réponse sur les médecins opérateurs. Le Dr L. _____, spécialiste FHM médecine interne, a lui expliqué qu'il « ne sai(t) pas précisément qui a parlé de l'intervention à la patiente. Nous étions en fin de semaine et je pense que c'est probablement le médecin assistant lors de la visite du matin qui a dû lui en parlé. Quant à moi, j'ai dû la voir dans la journée » (PV p. 11). A la question de savoir s'il avait précisé quelque chose, il a déclaré: « je ne me rappelle pas avoir été dans les détails. Je peux en revanche me souvenir avoir soutenu cette procédure qui était indispensable. De manière générale, il n'appartient pas aux médecins assistants de donner des explications qui pourraient rendre la situation plus confuse ou plus difficile pour le patient. Il en va ainsi surtout dans les domaines spécialisés comme l'oncologie et en présence de jeunes médecins assistants. Je n'aurais pas voulu que cette intervention ne se fasse pas n'ayant pas d'autre alternative. (...) ». S'agissant de l'évocation des risques encourus, il a expliqué que « dans la discussion qui a eu lieu le 12 août, certainement que ces points ont été discutés. Il est assurément difficile de s'en souvenir précisément six ans après. Quand on est à la porte d'une intervention délicate à la moelle épinière, l'intervenant a un rôle important à jouer en termes de risques et complications ». A la question de savoir si la patiente a posé des questions, « je ne peux m'imaginer qu'il n'y en a pas eu ni qu'aucune possibilité d'en poser ne lui ait été aménagée. Figure aux notes de suites sur la date du

E. 12.1

Au vu de l'issue du recours, les frais de la procédure de recours, arrêtés à CHF 6'000.- émolument et débours compris, sont exceptionnellement mis à la charge de l'intimé dès lors que ses intérêts patrimoniaux sont en cause (art. 131 al. 1 en relation avec l'art. 133 CPJA). L'avance de frais de CHF 6'000.- sera restituée à la recourante.

E. 12.2

S'agissant de l'indemnité de partie due à la recourante pour la procédure de recours, il sied de relever que Me Hofstetter a manifestement omis d'inclure dans ses opérations le 25 janvier 2019 l'établissement du recours du 5 octobre 2018, n'indiquant que 2h24 de travail pour cette procédure. Dans son recours, A. _____ avait sollicité une indemnité de partie dont la quotité devait être fixée à dire de justice, mais pas en dessous de CHF 25'000.-. C'est ce montant maximum qui est déterminant (art. 101 CPJA et 58 al. 1 CPC). Selon l'art. 8 al. 2 du Tarif des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (RSF 150.12), en cas d'action, les honoraires sont fixés conformément aux art. 66 et 67 du règlement fribourgeois du 30 novembre 2010 sur la justice (RJ; RSF 130.11). Dans les causes de nature pécuniaire, ils sont majorés (art. 66 al. 2 RJ) en fonction de la valeur déterminante (art. 66 al. 3 RJ), c'est-à-dire la valeur litigieuse calculée conformément aux art. 91 ss CPC. En l'espèce, celle-ci est fixée par les conclusions de la demande à CHF 599'209.25. Compte tenu de cette valeur, les honoraires

Tribunal cantonal TC Page 22 de 22 doivent être majorés de 130,99 % (art. 66 al. 2 let. a RJ et son Annexe 2), ce qui équivaut à un tarif horaire de CHF 577.50. On peut arrêter à 18

heures le temps nécessaire à l'établissement du recours, auquel on peut rajouter 4 heures pour les autres opérations, soit celles notées dans la liste de frais auxquelles s'ajoutent notamment la prise de connaissance du présent arrêt, de sorte que l'indemnité sera arrêtée à CHF 13'000.- (22 x 577.50 = 12'705, arrondis à 13'000), auxquels s'ajoutent les débours (5 %) par CHF 650.-, et la TVA par CHF 1'051.05, soit un total de CHF 14'701.05.

E. 12.3

S'agissant d'une décision préjudicielle, les frais et indemnités de première instance sont réservés. la Cour arrête: I. Le recours est admis et la décision du 30 août 2018 est réformée comme suit: I. Il est constaté que B._____ a commis un acte illicite envers A._____. II. La cause est renvoyée à la Ie Cour administrative du Tribunal cantonal pour reprise de la procédure dans le sens des considérants. III. Les frais et indemnités de première instance sont réservés. II. Les frais de la procédure de recours, arrêtés à CHF 6'000.- émolument et débours compris, sont mis à la charge de B._____. L'avance de frais de CHF 6'000.- est restituée à A._____. III. L'indemnité de partie due à A._____ par B._____ pour la procédure de recours est arrêtée à CHF 14'701.05, TVA par CHF 1'051.05 comprise. IV. Les frais et indemnités de la procédure d'action sont réservés. V. Notification. Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être déposé devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, dans les trente jours qui suivent sa notification. Si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire. Fribourg, le 15 février 2019/cfa Le Président: La Greffière-rapporteure:

E. 15

août la mention de mon collègue M._____ selon laquelle la patiente était d'accord avec l'intervention du lendemain ». On peut retenir de ses déclarations qu'il a eues une discussion avec la patiente quant au choix de l'intervention comme prochaine étape du traitement. Par contre, il n'est pas possible de retenir avec certitude que les risques ont alors été exposés à A._____, puisque dans un premier temps il indique ne pas se souvenir être allé dans les détails, puis que « certainement que ces

Tribunal cantonal TC Page 16 de 22 points ont été discutés » avec comme appui le fait qu'il ne peut s'imaginer que tel n'a pas été le cas. Ses déclarations sont trop vagues et se rapportent à des généralités. D'ailleurs, il relève à raison qu'il appartient au médecin intervenant, soit celui qui fait le geste chirurgical, d'exposer les risques, soit au Dr E._____. Enfin, le fait qu'une mention figure au dossier comme quoi la patiente donne son accord à l'intervention litigieuse ne confirme pas encore que les risques lui ont été communiqués. Le Dr F._____, alors chef de clinique à D._____, a quant à lui expliqué en substance qu'il n'avait aucun souvenir de la discussion qu'avait eue le Dr E._____ avec la patiente, ni des mots utilisés, ni de sa durée, ni des questions de la patiente et encore moins de sa réaction (PV du 12 décembre 2017). Il se souvient juste d'y avoir assisté sans n'avoir rien dit. A la question de savoir comment avait réagi la recourante, il a indiqué qu'il n'avait pas de souvenir « mais comme elle venait d'un autre hôpital le matin même de l'opération, (il) imagine qu'elle n'a pas dû être étonnée de ce qui lui a été

dit étant au courant de l'opération qu'elle devait subir » (PV 12 décembre 2017 p. 4). Sa présomption ne repose toutefois sur aucun élément concret, sauf la prémisse selon laquelle la recourante avait été hospitalisée dans un autre hôpital. Or, les déclarations des médecins de C. _____ n'ont pas permis d'établir avec certitude que les risques avaient alors été évoqués avec la recourante avant son transfert. En outre, le médecin opérateur ne peut pas juste partir de l'hypothèse que si le patient vient d'un autre hôpital c'est qu'il a forcément été mis au courant, avant son transfert, de toutes les informations nécessaires à son consentement dont les risques encourus. Il appartient principalement au médecin qui procède à l'intervention d'obtenir le consentement éclairé de son patient donc de le renseigner suffisamment pour qu'il puisse y procéder. Il peut éventuellement démontrer que les risques encourus ont été exposés à son patient par un autre médecin, mais pour ce faire, il aura dû inévitablement s'assurer auprès de son patient que celui-ci a reçu des informations complètes ailleurs, ce qui nécessite d'au moins les évoquer brièvement pour effectuer ce contrôle. Enfin, même si la localisation de la lésion tumorale proche de la moelle épinière imposait que l'opération soit effectuée à D. _____, donc un transfert aux dires de l'oncologue de C. _____, on ne peut pas encore en déduire quelles informations ont été exactement transmises à la recourante notamment au sujet des risques. Ce constat est par ailleurs étayé par le fait que les déclarations des médecins n'ont à ce sujet pas permis d'établir ce qui avait été réellement communiqué à la recourante sur le site de C. _____. Il s'ensuit que les constatations et déductions de la Cour administrative se révèlent infondées. 9. 9.1. La Cour administrative a retenu que la recourante avait aussi obtenu sur le site de D. _____ les informations nécessaires à exprimer son consentement éclairé. Considérant que les affirmations du Dr E. _____ dans le protocole opératoire et dans son courrier du 7 septembre 2011 ne permettent pas d'établir que les choses se sont bien déroulées comme il le prétend, elle a toutefois estimé que d'autres circonstances venaient accréditer sa version. Les premiers Juges ont retenu que le médecin opérateur et son chef de clinique ont tout deux décrit un processus standardisé d'information qu'ils ont qualifié de bien rôdé puisque outre la signature manquante sur le formulaire de consentement, il ne présentait dans le cas d'espèce aucune autre entrave (décision attaquée p. 12 c. 3.6.6.). 9.2. La recourante y oppose le fait que le formulaire de consentement n'a pas été signé ce qui remet largement en doute la qualité du processus. Elle ajoute que les déclarations des médecins de l'hôpital incriminé sont par ailleurs sujettes à caution plusieurs années après les faits,

Tribunal cantonal TC Page 17 de 22 contrairement aux premiers juges qui ont estimé que ces médecins faisaient preuve d'objectivité (recours, p. 29-30, c. 3.19). 9.3. Comme indiqué ci-dessus, le Dr F. _____ a expliqué qu'il n'avait pas de souvenir précis de l'entretien entre A. _____ et le Dr E. _____, auquel il a assisté. En outre, lorsqu'il s'exprime plus largement, son discours est toutefois orienté sur les habitudes de son chef sans référence au cas litigieux, ainsi « le Dr E. _____ tenait ainsi pour dire toujours le même discours précisant les complications potentielles les plus fréquentes. », « Le Dr E. _____ appréhendait toujours de la même manière ses interventions auprès de ses patients. Il était en particulier exhaustif dans la discussion de la technique et des risques chirurgicaux encourus. J'ai entendu à réitérées reprises les mêmes discours de sa part et je ne saurais préciser en particulier ce qui a été dit à A. _____. Si le Dr E. _____ n'avait pas été exhaustif ce jour-là cela m'aurait frappé » (PV du 12 décembre 2017 p. 3 et 4). Les remarques générales sur les habitudes de son chef doivent déjà être tempérées par le fait qu'au moment de l'intervention litigieuse, le Dr F. _____ venait de commencer à

travailler à l'hôpital de D. _____ (« à l'époque j'étais à peine depuis quelques mois à B. _____ dans le cadre de ma formation. Je suivais le Dr E. _____ qui tenait à me former tant au niveau médical qu'au niveau des relations avec les patients » p. 3). Dans ces conditions, il ne pouvait réaliser en si peu de temps quelles étaient les habitudes établies de son chef. Cela étant dit, même des habitudes établies ne permettent pas encore de prouver ce qui a été effectivement dit lors d'une discussion particulière. A cet égard, le chef de clinique n'a aucun souvenir et ses déclarations ne peuvent ainsi pas venir accréditer les propos de son chef qui soutient avoir communiqué tous les risques et en particulier le risque neurologique à la recourante. Quant au Dr E. _____, il a expliqué qu'il avait une procédure standardisée d'information au patient, que lui ou un membre de son équipe en son absence rencontrait le patient et que dans le cas d'espèce, il avait lui-même parlé à la recourante en présence du Dr F. _____ et d'une infirmière laquelle n'avait pas assisté à l'entier de l'entretien. Il a déclaré qu'il s'était présenté à la recourante et elle aussi, relevant que malgré sa profession elle était pour lui une patiente comme une autre. Il a indiqué qu'il lui avait présenté la technique choisie et qu'« elle était en revanche censée savoir le pourquoi du transfert à B. _____ ». Nous lui avons dit que si tout se passait bien après lui avoir expliqué les risques, elle pourrait rentrer le soir même à la maison avec une diminution d'une partie des douleurs » (PV 16 août 2017 p. 14). Il a précisé que l'entretien avait duré quinze à vingt minutes. Il a également expliqué que le processus d'information au patient était différent si le patient était transféré en ambulatoire comme la recourante ou s'il est directement patient en consultation auquel cas et sauf urgence, en substance on lui expliquait les informations de vive voix puis il repartait chez lui avec le formulaire de consentement mentionnant les informations, qu'il lui était interdit par le médecin de rendre ce formulaire signé avant 48 heures, qu'en cas de question il était reçu pour un entretien et que l'opération était annulée sans ce formulaire (« Ce sont mes directives » PV 16 août 2017 p. 14). Dans le cas de la recourante, le médecin a expliqué qu'il était prévu qu'un assistant vienne ensuite lui faire signer le formulaire de consentement qui décrivait ce qui avait été dit lors de l'entretien préopératoire, ce qui n'a finalement jamais été fait en raison d'un problème avec un autre patient dans le service. Il a exposé que pour les patients qui viennent de l'extérieur comme la recourante, il n'y avait pas en 2011 de formulaire standardisé dit de sécurité, mais qu'« il y avait normalement lieu de requérir au préalable sa signature sur le formulaire d'information. Cette procédure supplémentaire ne faisait pas partie des processus standardisés pour un patient externe en 2011, partie qui a échoué comme déjà évoquée » (PV 16 août 2017 p. 15).

Tribunal cantonal TC Page 18 de 22 Il convient de relever que le processus d'information décrit par le Dr E. _____ a finalement échoué pour la recourante. Elle n'a en effet jamais reçu la visite de l'assistant qui devait lui donner le formulaire en vue de sa signature. Cet élément prouve qu'elle n'a en tout cas pas pu lire les informations que devait nécessairement contenir le formulaire de consentement que le Dr E. _____ prétend lui avoir données oralement lors de leur entretien préalable. En outre, les déclarations du médecin opérateur trahissent le fait qu'il estimait que la patiente était au courant de la raison de son transfert à B. _____ (« elle était en revanche censée savoir le pourquoi du transfert à B. _____ »). Quand bien même il affirme lui avoir communiqué expressément les risques inhérents à l'intervention, en particulier le risque neurologique, aucun élément au dossier ne vient finalement objectiver sa thèse. Il ne figure aucune note au dossier médical de ce qui a été dit, ni aucun croquis qu'aurait pu lui faire le médecin. Son chef de clinique alors présent ne s'en souvient plus. Son processus d'information au patient a

finalement échoué et la description de ses habitudes en la matière, voire d'un processus idéal et sans entrave, n'est pas suffisant à prouver ce qu'il a transmis comme information à la recourante en termes de risques lors de leur entretien. Les médecins de C. _____ n'ont pas pu apporter d'autre élément puisque ceux-ci indiquent soit n'avoir pas directement parlé avec la patiente, soit ne se rappellent plus, ou confirment qu'ils ne sont pas allés dans le détail dans leur discussion avec la patiente. En outre, comme examiné ci-dessus, le fait que la recourante admet que le médecin opérateur lui a parlé d'un risque d'embolie générale ne permet pas encore d'en déduire qu'il lui aurait effectivement parlé des risques spécifiques; cet élément est trop tenu pour objectiver le contenu de la consultation préopératoire entre la recourante et le médecin opérateur. Enfin, même une attitude orientée et passive de la recourante ne prouve pas ce qui lui a été communiqué, ni que les risques lui ont été évoqués. Il s'ensuit que l'intimé n'apporte pas la preuve que le médecin opérateur a communiqué à la recourante les risques inhérents à l'intervention, en particulier les risques neurologiques qualifiés d'importants, afin qu'elle puisse donner son consentement éclairé. Le fardeau de la preuve lui incombant, il en supporte l'échec. Dans ces conditions, une violation du devoir d'information et corollairement du devoir de recueillir un consentement éclairé est établie, fondant ainsi l'illicéité de l'intervention litigieuse, même si celle-ci a été menée dans le respect des règles de l'art médical, ce qui est d'ailleurs également contesté. Au surplus les griefs de la recourante relatifs au délai de réflexion n'ont pas besoin d'être traités vu l'issue de la cause ci-dessus. 10. 10.1. La recourante soutient que l'illicéité résulte également d'une violation des règles de l'art médical. 10.1.1. Si le patient a donné son consentement, l'intervention sera illicite en cas de violation des règles de l'art médical (ATF 115 Ib 175 consid. 2b; cf. également ATF 113 Ib 420 consid. 2). En effet, le médecin est tenu de respecter les règles de l'art, afin de protéger la vie ou la santé du patient; en particulier, il doit observer la diligence requise, déterminée selon des critères objectifs. La notion d'illicéité rejoint ici celle de violation du devoir de diligence, appliquée en matière de responsabilité contractuelle (ATF 115 Ib 175 consid. 2b; 120 Ib 411 consid. 4a; cf. également ATF 123 II 577 consid. 4d/ee). 10.1.2. Les règles de l'art médical se définissent comme les principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens

Tribunal cantonal TC Page 19 de 22 (ATF 64 II 200 consid. 4a p. 205; 108 II 59 consid. 1). A ce sujet, il convient de rappeler que le médecin a pour mission de s'efforcer de parvenir au résultat escompté grâce à ses connaissances et à son savoir-faire. Cela ne signifie pas qu'il doive aboutir à un résultat ou qu'il soit tenu de le garantir. Les exigences liées au devoir de diligence du médecin ne peuvent être déterminées de manière générale et abstraite, car elles dépendent des circonstances de chaque cas; sont à cet égard des critères décisifs le genre d'intervention ou de traitement et les risques qui en découlent, la marge d'appréciation et le temps dont dispose le médecin, ainsi que la formation et les capacités que l'on peut objectivement en l'état attendre de lui. La responsabilité du médecin n'est pas limitée à des manquements graves aux règles de l'art médical. Il doit traiter son patient de manière appropriée et il répond en principe de toute faute professionnelle (ATF 120 Ib 411 consid. 4a; 116 II 519 consid. 3a; 115 Ib 175 consid. 2b; 113 II 429 consid. 3a; cf. KUHN, *Ärztliche Kunstfehler*, in RSJ 83/1987 p. 353 ss, spéc. p. 357). Le droit de la responsabilité civile doit tenir compte du fait que l'activité du médecin est exposée à des risques et des dangers. Ce dernier dispose d'une certaine marge d'appréciation entre les différentes possibilités de diagnostic ou de thérapie qui entrent en considération et le choix auquel il procède doit requérir toute son attention. Le médecin n'engage pas nécessairement sa

responsabilité lorsqu'il n'a pas trouvé la solution qui était objectivement la meilleure quand on en juge a posteriori. Une violation des règles de l'art médical est réalisée lorsqu'un diagnostic, une thérapie ou quelque autre acte médical est indéfendable dans l'état de la science ou sort du cadre médical considéré objectivement: le médecin ne répond d'une appréciation erronée que si celle-ci est indéfendable ou se fondait sur un examen objectivement insuffisant (ATF 120 Ib 411 consid. 4a in fine). 10.1.3. Le fardeau de la preuve de la violation des règles de l'art médical est à la charge du lésé (ATF 120 Ib 411 consid. 4a in fine; 115 Ib 175 consid. 2b et les références). 10.2. La recourante soutient que l'expertise FMH privée ne peut être considérée comme un moyen de preuve. Elle conteste les conclusions des experts privés notamment leur argumentation qu'elle juge hâtive selon laquelle la rareté des complications dues à un mauvais positionnement de l'aiguille était de nature à exclure toute violation des règles de l'art médical. Elle estime que la rareté fait plutôt écho au caractère très singulier de l'erreur commise, ce qui ne plaide pas en faveur d'une intervention réalisée lege artis. Elle réitère en outre ses réquisitions de preuve rejetées par les premiers Juges, tendant à la mise en œuvre d'une expertise judiciaire ainsi qu'à la production de l'entier du dossier médical. S'agissant de l'expertise judiciaire, elle relève notamment que l'expertise privée n'évoque pas ou peu la biopsie, ni le côté choisi par le médecin opérateur et elle conteste la valeur probante des explications fournies à ce sujet par le Dr E. _____ et son chef de clinique de l'époque. S'agissant du dossier médical, elle invoque son droit à prendre connaissance de l'entier de son dossier qui ne lui a pas été remis par l'hôpital et se plaint de n'avoir jamais eu accès par exemple à l'anamnèse qu'aurait dû faire le médecin opérateur. Elle prétend qu'il est nécessaire de produire l'entier du dossier pour examiner ses prétentions et non pas seulement certaines pièces comme cela a été fait. En outre, elle souligne le fait que lors des investigations probatoires, le dossier qu'elle possédait n'était pas identique à celui qu'avait l'hôpital, de sorte que des malentendus en ont résulté. 10.3. 10.3.1. Garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour la partie intéressée de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision touchant sa

Tribunal cantonal TC Page 20 de 22 situation juridique ne soit prise, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 135 II 286 consid. 5.1; arrêt TF 1C_387/2014 du 20 juin 2016 consid. 3.1). Cette garantie constitutionnelle n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (cf. ATF 142 II 218 consid. 2.3; 140 I 285 consid. 6.3.1). Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 p. 226; 132 V 387 consid. 5.1; arrêt TF 1B_233/2016 du 27 juillet 2016 consid. 2.3). 10.3.2. Aux termes de l'art. 101 CPJA, la procédure de l'action devant le Tribunal cantonal est régie par l'application analogique du code de procédure civile, sous réserve des articles 1 à 44, 66 à 75, 102, 105 à 109, 121 à 124 et 127 à 148 CPJA. 10.4. 10.4.1. En procédure civile, il est de jurisprudence constante qu'une expertise privée n'est pas un moyen de preuve, mais une simple allégation avancée par une partie (ATF 141 III 433 consid. 2.3; pour une analyse critique: SCHMID, Privatgutachten im Zivilprozess, RSJ

2016 p. 527). Dans une cause relevant de la responsabilité civile des collectivités publiques (arrêt TF 4A_18/2015 consid. 3.1), le Tribunal fédéral a toutefois reconnu qu'une expertise FMH qui n'était pas ordonnée par l'autorité, mais mise en œuvre en commun par les parties, avant la décision sur les prétentions, et dont les experts ont ensuite été appelés par l'autorité judiciaire à répondre aux questions des parties, constituait un moyen de preuve. A noter que l'appréciation du Tribunal fédéral s'écartant de la jurisprudence constante en la matière est fondée sur des circonstances particulières; tout d'abord, le défendeur, soit l'hôpital, reconnaissait la faute professionnelle mise en évidence par l'expertise FMH, donc cet allégué n'était contesté par aucune des parties, mais il niait tout lien de causalité entre cette faute professionnelle et les lésions subies. C'est précisément sur ce dernier point – lien de causalité – qu'une expertise judiciaire a ensuite été ordonnée. En outre, cette expertise judiciaire s'est référée à l'expertise FMH et les experts FMH ont été appelés par l'autorité judiciaire à répondre aux questions des parties. Il s'ensuit que, dans ces conditions, le droit d'être entendu des parties a été respecté dans le cadre particulier de cette expertise privée commune aux deux parties. Or, tel n'est pas le cas dans le cas d'espèce. Certes l'expertise FMH a été mise en œuvre à l'initiative de la recourante et au final d'un commun accord entre les deux parties, ceci avant que l'intimé ne rejette les prétentions. Cependant, la question à laquelle elle doit répondre est précisément contestée par les parties et celles-ci n'ont pas pu se déterminer sur les conclusions des experts, notamment en leur posant des questions supplémentaires. En l'occurrence, c'est un des points contestés par la recourante qui souhaite la mise en œuvre d'une expertise judiciaire afin d'examiner des questions qu'elle estime que les experts privés n'ont pas abordées, comme la question de savoir s'il était adéquat pour le médecin opérateur de choisir d'introduire l'aiguille par la droite, soit du côté de la vertèbre tumorale, plutôt que par la gauche (abord percutané par la droite ou la gauche ?). Les premiers Juges ont rejeté cette réquisition de preuve, expliquant en substance que si les experts privés n'avaient pas abordé la question de l'abord percutané, c'est que cette question

Tribunal cantonal TC Page 21 de 22 n'était pas déterminante à leurs yeux et qu'ils avaient rendu leur expertise après examen de « toutes les données possibles ». Ils soutiennent également que la décision de procéder par le côté droit plutôt que par le côté gauche relève de la seule appréciation du médecin opérateur et se sont fondés sur les explications du Dr E. _____ et de son chef de clinique de l'époque (décision p. 16 c. 4.4.2). Ce raisonnement ne résiste pas à la critique. Tout d'abord, c'est précisément la tâche d'un expert que d'expliquer si les choix de techniques opératoires faits dans un cas d'espèce étaient justifiés du point de vue de l'art médical. On ne saurait évacuer ces considérations en se retranchant derrière la libre appréciation du médecin intervenant. En outre, l'absence d'une thématique dans le rapport d'expertise privée n'indique pas forcément que celle-ci n'est pas déterminante pour la cause. Tel pourrait, tout au plus être le cas, si les experts le relèvent expressément, ce qu'ils n'ont fait en l'espèce (cf. rapport pièce 23 et sa traduction pièce 24 en particulier p. 11-12). Enfin, les parties n'ont pas pu poser leurs questions aux experts, ni requérir un complément d'expertise. 10.4.2. Dans ces conditions, les griefs de la recourante se révèlent bien fondés. C'est à tort que les premiers Juges se sont appuyés sur l'expertise privée pour exclure toute violation des règles de l'art médical et qu'ils ont rejeté la réquisition de preuve tendant à la mise en œuvre d'une expertise judiciaire. Cela étant, il sied de préciser que l'illicéité nécessaire à engager la responsabilité de l'hôpital est d'ores et déjà donnée en lien avec la violation du devoir d'information et du devoir corollaire de recueillir un consentement éclairé; ainsi, l'intervention est illicite dans son ensemble et

l'hôpital devra réparer tout dommage en lien de causalité adéquate avec l'intervention, quand bien même aucune règle de l'art n'aurait été violée. 11. Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis et la décision du 30 août 2018 annulée. A. _____ conclut dans son recours à ce que l'intimé soit condamné à lui verser une somme de CHF 599'209.25 plus accessoires. Dès lors que la procédure a été limitée à l'examen de l'existence ou non d'un acte illicite imputable aux agents de B. _____ (décision attaquée p. 5 ch. 2), la Cour de céans n'a pas à se prononcer sur les autres conditions de l'art. 6 LResp, en particulier sur le dommage. La cause sera partant renvoyée à la Ie Cour administrative du Tribunal cantonal pour reprise de la procédure et examen des autres conditions de cette disposition. 12.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.